

Da Definição de Salários para Contratos Administrativos de Terceirização

Marcelo Moreira Prado

Analista Ambiental, Advogado, pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho, coordenador de despesas no Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio.

RESUMO

O tema estudado aborda a terceirização de contratos de prestação de serviços com enfoque na possibilidade de fixação de salários no edital de licitação, tendo por base a liberalidade desse tomador de serviços que, em vez de desenvolver determinadas atividades mediante empreitada direta, vale-se do trabalho de outra empresa, denominada terceira. Tal liberalidade, limitada pelas condições da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, restringe-se àquelas atividades que não constituam a missão institucional do tomador de serviços. Partindo-se de um novo entendimento do Tribunal de Contas da União e sua comparação com o Decreto nº 2.271/97 e, principalmente, com o art. 20 da Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão observa-se que a limitação imposta naquele artigo, por sua impossibilidade fática culminou com a sua revogação pelas alterações que se sucederam à respectiva Instrução Normativa. Por fim, o estudo procura demonstrar a unificação salarial dentro de uma unidade da federação e indica que os respectivos salários-paradigma, quando estabelecidos, devem se utilizar de parâmetros definidos por Órgãos específicos do Governo Federal, especialmente o IBGE.

INTRODUÇÃO

A terceirização de atividades do Serviço Público por intermédio da contratação de empresas de prestação de serviços é um fenômeno que está enraizado na administração das empresas, com reflexos no Direito do Trabalho.

Desde que se estabeleceu no Brasil uma dinâmica de diminuição do tamanho da máquina estatal, a terceirização passou a ser uma ferramenta importante dessa meta. É praticamente inconcebível pensar num órgão estatal que não utilize esse tipo de recurso. Empresas especializadas passaram a invadir o espaço comercial com cada vez mais voracidade, procurando preenchê-lo de forma mais imediata possível.

Com o advento do Código Civil de 2002, conceitos como o dos valores sociais do contrato passaram a ser discutidos de maneira mais ampla com o objetivo de verificar até quando a não intervenção do Estado, sob a ótica do neoliberalismo, poderia não agredir o texto constitucional frente aos Direitos Sociais dos trabalhadores. Tal medida forçosamente impeliu o Estado a uma participação mais ativa na formação desses custos, de forma a coibir a exploração desmedida do trabalho dentro das práticas de mercado.

APLICAÇÃO NO GOVERNO FEDERAL

A terceirização, ou *outsourcing*, cuja característica marcante é a contratação de terceiros para realizar determinadas atividades antes realizadas pelo tomador de serviços, já limitada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (impedindo, por exemplo, que se terceirize a atividade finalística do tomador, que o tomador atue como o controlador da mão de obra terceirizada, que se exima da responsabilidade no eventual inadimplemento do empregador – pois é responsável subsidiariamente) foi limitada de maneira mais rígida nos negócios jurídicos do Poder Público. Por força vinculante, os limites da terceirização em contratos administrativos têm natureza interpretada de forma taxativa, definida no Decreto Federal nº 2.271/97, (atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações)¹.

Para especificar a forma de atuação dos órgãos vinculados, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Imediatamente surgiram dúvidas sobre a fixação de pisos salariais, considerando-se a redação de seu art. 20. Numa análise apressada tem-se o diagnóstico de proibição absoluta da definição desses valores ao contemplarmos a redação original do

1 BRASIL. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Publicado no DOU de 8.7. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em 01 jan. 2012.

citado artigo (Art. 20. *É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios: [...] II - os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada;*), o que não é, via de regra, fidedigno com o espírito do ordenamento. Deve-se considerar ainda, que atualmente, tal interpretação já foi exonerada do dispositivo, com sua revogação expressa oriunda da IN 03/2009 do mesmo Ministério, à vista das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que se insurgiram contra tal dispositivo.

O ESTABELECIMENTO DO “SALÁRIO-PARADIGMA” PELO TCU

O Tribunal de Contas da União, independente desse novo texto, procurou manter o entendimento que já possuía no Acórdão 256/2005 – Plénário. É conveniente trazê-lo na lavra de seu relator:

14. Evidentemente, a fixação de um piso para os salários pagos, apesar de não ter o condão de fixar o preço total do serviço, acaba por estabelecer um patamar mínimo também para a contratação, o que lança dúvidas sobre a economicidade da medida. Afinal, se autorizadas a estabelecer livremente os salários de seus empregados, as empresas interessadas seriam capazes de ofertar preços mais baixos que se obrigadas a uma política de remuneração mínima. Devemos, porém, nos perguntar a que custo seriam obtidos esses preços inferiores.

15. Como toda empresa capitalista visa à maximização de seus lucros, com certeza as empresas fornecedoras de mão de obra se sentiriam tentadas a aumentar seus ganhos através da diminuição dos salários pagos aos seus empregados, que, como não podemos esquecer, constituem o mais importante custo desse tipo de contrato. **O pagamento de salários mais baixos tende, naturalmente, à seleção das pessoas menos capacitadas ou, no mínimo, contribui para o descontentamento dos contratados, afetando sua eficiência e produtividade. Em qualquer dessas hipóteses, a administração restará como a maior prejudicada, apesar de, a princípio, ter se beneficiado de custos mais baixos.**

16. Não acredito que o princípio da vantajosidade deva prevalecer a qualquer custo. A terceirização de mão de obra no setor público, quando legalmente permitida, não pode ser motivo de aviltamento do trabalhador, com o pagamento de salários indignos. A utilização indireta da máquina pública para a exploração do trabalhador promete apenas ineficiência dos serviços prestados ou a contratação de pessoas sem a qualificação necessária.

Nossos grifos destacam a admissibilidade para o caso em comento, mas revelam também a preocupação da Corte com a utilização racional da medida. Dessa forma, torna-se inequívoca a cautela necessária a ser verificada quanto à contratação e ao estabelecimento do salário-paradigma. Esse conceito encontra-se também contido no Acórdão 290/2006, principal remissão feita nos Editais de Licitação. Com o excerto seguinte, confirma-se a melhor interpretação:

12. Ora, o item serviço não é composto apenas pelo salário do empregado. Há outras variáveis que devem ser consideradas, como os custos diretos e indiretos incorridos pelo licitante, e a sua margem de lucro. Nesse ínterim, entendo que a prefixação de remuneração pretendida por aquela Casa Legislativa poderia ocorrer por meio do ajuste de um "salário-paradigma", a ser pago a determinado profissional, o que não significaria, a meu ver, a fixação de preço mínimo vedada pela norma. Preço mínimo seria o todo, o item preço do serviço a ser contratado, comportando outros subitens, enquanto que tal salário, neste caso a remuneração a ser paga pela contratada aos empregados, seria uma das variáveis do preço do serviço.

13. Há, contudo, outros pontos que devem ser considerados no presente julgamento, como aduzido pelo recorrente. Trata-se da questão da proposta mais vantajosa e a satisfação do interesse público. Reconheço que existe, sim, a possibilidade de aviltamento dos salários dos terceirizados e consequente perda de qualidade dos serviços, o que estaria em choque com satisfação do interesse público. Nesse aspecto, no caso

de uma contratação tipo menor preço, em que as empresas mantivessem os profissionais pagando-lhes apenas o piso da categoria, entendo que não seria razoável considerar, apenas como vantagem a ser obtida pela Administração, o menor preço. Livres de patamares salariais, os empregadores, de forma a maximizar seus lucros, ofertariam mão de obra com preços de serviços compostos por salários iguais ou muito próximos do piso das categorias profissionais, o que, *per se*, não garantiria o fornecimento de mão de obra com a qualificação pretendida pela Administração. **Sob esse prisma, entendo que a qualidade e a eficiência dos serviços postos à disposição de órgãos públicos não pode ficar à mercê da política salarial das empresas contratadas.**

14. Assim, proposta mais vantajosa **não significa apenas preço mais baixo**. Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por esta Corte. **O administrador continua obrigado a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificidades dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los.**

[...]

17. Também não se pode olvidar que não compete a esta Corte de Contas interferir em questões privadas, de empregado e empregador, notadamente no que toca às garantias trabalhistas ou acordos coletivos. Entretanto, este Tribunal não pode ignorar o princípio da eficiência e o interesse público presente na contratação de mão de obra qualificada e na necessidade **de se coibir a danosa rotatividade de mão de obra que tantos transtornos tem causado à Administração, além da consequente responsabilização trabalhista que tem recaído sobre os órgãos públicos contratantes, em razão do abandono dos empregados por seus empregadores, sem o devido pagamento de seus direitos e encargos, dadas**

as características peculiares das contratações com fins de terceirização.

18. Ante as considerações apresentadas, julgo que a fixação do salário-paradigma, como por exemplo, os valores já pagos em contratação anterior como remuneração aos empregados, atualizados, por certo, de forma a manter o poder aquisitivo dos valores ao tempo das respectivas contratações, pode se constituir em um referencial, como mencionado pelo ilustre administrativista citado no presente Voto, servindo para balizar as ofertas dos licitantes e para garantir a continuidade, qualidade e eficiência dos serviços prestados. Vale também frisar que o salário-paradigma é relativo aos valores recebidos pelo trabalhador, ser humano, não se confundindo com um valor de referência para coisas ou bens, como, por exemplo, o item serviço de um edital de licitação.

No mesmo sentido, a Corte manteve o entendimento no Acórdão 1.327/2006 – Plenário, assim como no voto do Ministro Revisor Marcos Bemquerer no Acórdão 614/2007 – também do Pleno.

Registra-se, independentemente da tese já consagrada da interpretação sistemática, que a Corte não se manteve silente frente ao advento da IN Nº 02/2008 cuja análise está eminentemente voltada para o art. 20, no mérito da fixação de salários. Vejamos o que nos apresenta o Acórdão 2.281/2008 pelo Ministro Relator Ubiratan Aguiar:

4. Há que se ressaltar que, mesmo nas deliberações em que a fixação de salários mínimos foi admitida como possível, ficou consignado que esse é um procedimento de certa forma excepcional, cuja utilização deve ser devidamente fundamentada, assim como os valores fixados a título de remuneração mínima.

[...]

7. Ainda quanto a esse aspecto, entendo pertinentes as observações feitas pela unidade técnica de que a simples pré-fixação de salários não garante a prestação de um serviço de

maior qualidade, sem o estabelecimento de outras condições, como requisitos de qualificação dos trabalhadores, padrões de produtividade desejados, níveis aceitáveis de rotatividade, etc. Sem esses requisitos adicionais, não há qualquer garantia de que profissionais mais qualificados serão recrutados pela empresa. A esse respeito, o Tribunal já se manifestou nos Acórdãos 2.003/2005, 2.028/2006 e 1.699/2007, todos do Plenário.

E quais seriam esses critérios? O próprio Acórdão esclarece:

72 ... Concluímos também que o piso salarial, por si só, não é suficiente para assegurar a qualidade e a eficiência da prestação dos serviços. Isso pode ser assegurado com o estabelecimento, no edital da licitação e no contrato, de cláusulas contendo regras claras e objetivas quanto aos padrões da prestação dos serviços, níveis aceitáveis de rotatividade, graus de produtividade desejáveis etc.

O USO DE DADOS PÚBLICOS PARA DEFINIÇÃO DOS SALÁRIOS – PESQUISA CEMPRE/IBGE

A base para a fixação dos salários - paradigma, contudo, deve levar em consideração critérios objetivamente determinantes para não se levar a uma dispendiosidade maior do aquela que seria necessária, por mero apriorismo.

Uma das formas adequadas – e por submissão ao princípio da moralidade para a Administração Pública – é a utilização, conforme indica o próprio art. 15 da Lei de Licitações, que o Administrador Público se utilize de índices por índices do próprio Poder Público. Para fixação de salários-paradigma, entendemos que a melhor alternativa é a utilização dos dados da Pesquisa CEMPRE do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística que afere os dados produzidos de rendimentos do trabalho. Tais dados estão amplamente divulgados no seu sítio e fornecem dados de todas as unidades da federação. Trazemos o excerto desses dados, obtidos através da série histórica 2008/2009 (Acesso em 03 set 2012) para a Região Sudeste:

UNIDADE FEDERATIVA	SÃO PAULO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=rj&tema=pofdespesasrendimentos	Rendimento médio mensal familiar do trabalho	R\$ 2.099,49
	RIO DE JANEIRO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 2.226,81
	MINAS GERAIS	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=mg&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 1.628,18
	ESPÍRITO SANTO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=es&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 1.560,11

O ESTABELECIMENTO DA ÁREA ESTADUAL PARA O SALÁRIO-PARADIGMA

Como os órgãos públicos normalmente não estão limitados a apenas um município, a mera aplicação do que dispõe o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho também poderia significar um retrocesso nesse pensamento legal. Tal questão serve, inclusive, para não criar empecilho ao crescimento de determinada região, decorrente de seu precário desenvolvimento, aviltando os salários a serem praticados naquele local. Nesse sentido, a razoabilidade de análise, como demonstraram os julgados, indica o paradigma estadual para adoção, conforme excerto:

Ao elencar no art. 461 da CLT os requisitos necessários à equiparação salarial, o legislador fixou parâmetros para que se pudesse aferir a igualdade dos serviços de modo a merecerem tratamento isonômico quanto à retribuição devida. O requisito da mesma localidade teve como único objetivo a certeza de que os mesmos critérios com relação ao salário pago pela empresa fossem observados. Portanto, tratando-se de empresa de âmbito estadual que aplica a mesma política salarial em todo o Estado, sem distinção quanto ao local (município) em que o empregado esteja lotado, é óbvio que o

requisito da localidade, para fins de critério de equiparação salarial não pode ser considerado. (E-RR 392.514/97). João Batista Brito Pereira – TST.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, parece-nos que a melhor medida a ser implementada em contratos administrativos, de forma a também não prejudicar o trabalhador contratado, é a da prática de salários compatíveis com a própria realidade trazida por análises do Estado sobre os rendimentos do trabalho no âmbito daquela unidade federativa. Ainda que, de forma ufanista, muitos venham a se insurgir em favor do Concurso Público, o Estado não possui a menor intenção de alargar seu foco de ação além de sua missão institucional, muito embora a Corte de Contas venha hodiernamente direcionar para isso, restringindo a interpretação de forma cada vez mais cartesiana sobre as possibilidades de terceirização. Mas, aquelas que prevalecem não podem significar uma subvalorização das categorias mediante a paga de salários ínfimos, sob pena de caracterizar uma política escravocrata de terceirização. Além disso, perde a sociedade brasileira que se utiliza desses serviços, prestados de forma precária e por profissionais mal pagos e desmotivados, sendo que os satisfeitos, nessa conta, são somente os seus empregadores. ♦

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: Uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicada no DOU de 22.6.1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 01 jan. 2012.

_____. Governo Federal. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União 08 julho 1997.

_____. Governo Federal – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Diário Oficial da União: 23 maio 2008.

_____. Governo Federal – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa 03, de 16 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Diário Oficial da União: 16 outubro 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade mecum de licitações e contratos:** legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.